

Réflexes à acquérir face aux problèmes potentiels de nullité des contrats

A. Constats préalables

1. La réglementation sur les accès à la profession est, c'est un euphémisme, fréquemment enfreinte par les entrepreneurs. Jusqu'il y a peu, les plaideurs n'étaient pas systématiquement attentifs à la problématique, et les Cours et Tribunaux n'affichaient guère de réelle volonté de s'en emparer d'office. Souffle depuis sur le droit de la construction un tout autre vent, témoin de la volonté affichée des magistrats de remettre de l'ordre dans un secteur où l'ordre public se manifeste à maints égards.

La CCAI, par l'organisation de la présente journée d'étude, a souhaité dresser à l'attention des entreprises, des maîtres de l'ouvrage et de ceux qui les assistent à divers niveaux, l'état des lieux des conséquences de la réalisation de travaux sans disposer des accès à la profession pour ce faire.

2. La manière d'aborder la violation des accès à la profession en matière de immobilière varie aujourd'hui sensiblement en fonction des arrondissements et des tribunaux saisis.

Le Tribunal de première instance du Brabant Wallon a, par exemple, adopté une position particulièrement proactive :

- Aucune décision ne sera rendue, même d'expertise avant dire droit, sans que ne soit réglée la question de la nullité des conventions pour défaut, notamment, des accès à la profession.
- Les plaideurs devront nécessairement verser à leurs dossiers, avant d'être entendus, la preuve desdits accès.

Cette approche, qui peut naturellement se justifier, ne va pas sans poser quelques difficultés pratiques :

- On constate un encombrement progressif des chambres chargées notamment des désignations d'experts ;
- Les frais de défense exposés avant expertise, et les troubles subis dans l'attente de la désignation de l'expert ne facilitent guère la conciliation à l'initiative de ce dernier ;
- Traiter du fond avant l'expertise expose les plaideurs à un (premier) détour par devant la Cour d'appel.¹ Si la jurisprudence de la Cour de Cassation et des Cours

¹ D'une manière plus générale, on peut également regretter que des questions aussi centrales que l'indépendance de l'architecte soit traitée « avant expertise », alors que c'est précisément l'expertise qui peut apporter au magistrat des informations précieuses sur la manière dont la mission d'architecture aura été menée.

d'appel sur le caractère partiel des nullités devait se confirmer, on peut raisonnablement craindre que l'arriéré judiciaire - notamment devant la Cour d'appel de Bruxelles - s'en trouvera aggravé.

Reste, quoi qu'il en soit, que les récentes réformes du Code judiciaire impliquent que le juge règle les questions de recevabilité avant d'ordonner une expertise...

On notera toutefois que le débat sur la nullité des conventions pour défaut d'accès à la profession n'est pas nécessairement, à notre estime, une question de recevabilité :

- Le débat sur les restitutions réciproques s'inscrit dans la cadre d'une demande - celle du maître de l'ouvrage- qui s'avère par hypothèse recevable.
- Le débat ne vise la recevabilité de la demande, à notre estime, que lorsqu'il a pour objet un solde d'entreprise réclamé par l'entrepreneur.

Les plaideurs pourraient dès lors, hormis cette dernière hypothèse et lorsqu'une expertise ne peut souffrir d'aucun délai, invoquer les articles 735 et 19 alinéa 3 du Code judiciaire pour éviter un débat préalable sur les accès à la profession.²

3. Il n'est peut-être pas inutile de rappeler le lien internet du site de la Région Wallonne sur lequel sont décrits par le détail les travaux nécessitant des accès : http://economie.wallonie.be/Dvlp_Economique/Projets_thematiques/Regionalisation/Star_ter/competence_sectorielle.html

B. Réflexes au stade de la « prévention » des conflits

1. Des devis détaillés

Me KOHL a fait état en son exposé de ce qui pourrait aboutir à une « révolution copernicienne » en matière de sanction d'un défaut d'accès à la profession : la Cour de Cassation semble accepter que la sanction du défaut d'accès à la profession soit une nullité partielle.³

Il est vrai que la classique sanction de nullité absolue de toute la convention (à laquelle l'entrepreneur n'échappe que s'il parvient à démontrer que l'ouvrage réalisé sans les accès n'est que purement accessoire), s'avère parfois démesurée, a fortiori lorsque les travaux en cause ne sont guère affectés de malfaçons.

² Resterait malgré tout le problème du libellé de la mission, qui selon certains magistrats doit être radicalement différent d'une mission classique si l'on s'inscrit dans un cadre de nullité. La solution pourrait être, dans une telle logique, de solliciter dans un premier temps une mission limitée (constats,...), à compléter en fonction d'une décision ultérieure sur les questions de nullité.

³ Ne seraient soumis à la sanction des restitutions réciproques que les postes du contrat d'entreprise réalisés sans les accès à la profession.

Chacun sera naturellement attentif aux enseignements que les juridictions de fond tireront de l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 janvier 2015.

Dans l'intervalle, il convient de permettre aux juridictions de fond de considérer qu'il est « *possible de dissocier les travaux pour lesquels l'entrepreneur disposait d'un accès de ceux pour lesquels il n'en disposait pas* » (Bruxelles, 28 novembre 2008).

On connaît les réticences de certains entrepreneurs à ventiler précisément leurs devis, ce qui leur permet, notamment, d'éviter un contrôle des décomptes en plus ou en moins qu'ils adresseront ultérieurement à leurs Maîtres de l'ouvrage.

Ils ont aujourd'hui une excellente raison de revoir cette « politique » : un devis/contrat avec un prix détaillé pour chaque poste leur permettra, si le revirement jurisprudentiel se confirme, de plaider plus efficacement la nullité partielle de la convention si certains de leurs travaux ont été réalisés sans les accès requis.

A défaut d'une telle ventilation, l'expert et le juge risquent bien de considérer qu'il est impossible de dissocier les travaux : comment savoir, en pareille hypothèse, à quels prix ont été fixés les postes de travaux valablement exécutés ?

2. Une situation administrative « en ordre »

a) **La fiabilité relative des infos BCE**

Il est malheureusement trop fréquent que les informations disponibles sur le site de la Banque Carrefour des Entreprises ne soient pas à jour.

Constituer un dossier renversant la présomption d'exactitude des « informations BCE » (retrouver les diplômes, établir la pratique professionnelle,...) peut impliquer une paralysie préjudiciable de la procédure, même si les guichets d'entreprises répondent d'ordinaire rapidement aux démarches que poseront les conseils à leur égard.

b) **L'article III.26 du Code de droit économique**

Reprenant l'ancien article 14, alinéa 4, de la loi du 16 janvier 2003 « portant création d'une Banque Carrefour des Entreprises (...) », le Code de droit économique dispose:

« Dans le cas où l'entreprise commerciale ou artisanale est inscrite en cette qualité à la Banque-Carrefour des Entreprises, mais que son action est basée sur une activité pour laquelle l'entreprise n'est pas inscrite à la date de l'introduction de l'action ou qui ne tombe pas sous l'objet social pour lequel l'entreprise est inscrite à cette date, l'action de cette entreprise est également non recevable. L'irrecevabilité est cependant couverte si aucune autre exception ou aucun autre moyen de défense n'est opposé comme fin de non-recevoir. ».

On considère généralement que pour pouvoir agir en justice, une entreprise doit « être inscrite » à la BCE.⁴

Le texte de l'article III.26 précité semble cependant faire référence, et l'on peut s'en étonner, à des inscriptions si plusieurs activités sont exercées (sans préciser au demeurant guère ce qu'il considère comme une « inscription » : faut-il avoir égard aux compétences professionnelles (pour autant qu'elles soient requises) ? Faut-il avoir égard aux activités NACEBEL ?).

A tout le moins une chambre du Tribunal de commerce de Bruxelles semble considérer, sur base du texte légal, qu'à défaut de mention BCE renseignant l'exercice d'une profession réglementée, la demande visant au paiement d'un solde de prestations posées à ce titre ne serait pas recevable (même si le demandeur est inscrit pour l'exercice d'une autre profession et même si cette irrecevabilité est susceptible d'être couverte). Semblable position ne nous semble guère compatible avec le caractère réfragable de la présomption des renseignements BCE.

Ce type de difficulté illustre l'importance, pour les plaideurs, de vérifier que la situation administrative de leurs clients est « en ordre » auprès de la BCE avant de lancer les hostilités procédurales...

3. Un devoir de réserve par rapport à des décisions de jurisprudence récentes

a) Le Maître de l'ouvrage non profane

Le plaideur aurait tort de penser que la voie de la nullité est la voie royale pour le Maître de l'ouvrage.

Il existe en effet actuellement, notamment en Brabant Wallon, une jurisprudence d'instance particulièrement sévère à l'égard du Maître de l'ouvrage NON PROFANE qui tente de tirer parti d'une situation dont il s'est accommodé in tempore non suspecto.

Ainsi le litige qui voyait s'opposer, après expertise, un Maître de l'ouvrage électricien de profession à son entrepreneur et à son architecte dont il avait payé l'essentiel des factures. La condamnation de ces derniers était sollicitée, sur base des avis de l'expert judiciaire, à des montants considérables (la nullité de la convention d'entreprise était sollicitée à défaut pour l'entrepreneur de disposer des accès « toitures »). Le Tribunal a renvoyé toutes les parties dos à dos, le Maître de l'ouvrage supportant ses dépens, dont l'avance des frais d'expertise.

⁴ L'article III.23, alinéa 1er, du Code dispose en effet que : « L'utilisation du numéro d'entreprise est obligatoire dans les relations que les entreprises ont avec les autorités administratives et judiciaires ». Cela concerne également les conclusions prises par l'entreprise. Les plaideurs y seront attentifs, parce que certains tribunaux le sont également....

b. Les travaux réalisés sans intervention d'un architecte

Il est constant que l'entrepreneur ne peut poser aucun acte rentrant dans le monopole de l'architecte. Lorsqu'un entrepreneur accepte de réaliser des travaux sans que ceux-ci ne soient contrôlés par un architecte (mission partielle ou interrompue), doctrine et jurisprudence classique n'en tirent aucune conséquence sur la validité de la convention d'entreprise.

Dans une décision récente, le Tribunal de première instance du Brabant Wallon a toutefois ordonné une réouverture des débats, en interpellant les plaideurs sur la question de savoir si le fait, pour un entrepreneur, de réaliser des travaux tout en sachant qu'ils n'étaient pas contrôlés par un architecte, ne participerait pas d'une violation concertée, dans le chef du Maître de l'ouvrage et de l'entrepreneur, de la loi du 20 février 1939 consacrant le monopole de l'architecte.

Le jugement sur réouverture des débats n'est à ce jour pas intervenu, mais force est de constater que certains magistrats n'excluent pas que les entreprises soient dorénavant non seulement les garants des législations d'ordre public régissant leurs contrats, mais également des législations d'ordre public régissant ceux d'autres intervenants à l'acte de construire.

C. Réflexes au stade de la procédure**1. Vérification des infos mentionnées sur le site de la BCE**

Lorsqu'une société est cédée, ou lorsque la personne qui dispose des accès mentionnés dans ses renseignements BCE la quitte, les conséquences administratives n'en sont pas toujours tirées.

Il arrive, par exemple, que l'ancien gérant ne reste formellement dans la société que pour « masquer » l'absence d'accès dans le chef du cessionnaire de ses parts.

Or le titulaire des accès doit, on l'a vu, assurer la direction journalière non seulement de la société, mais également des différents chantiers.

Le plaideur veillera à interpellier son client à ce niveau, pour en tirer les conséquences utiles.

Les renseignements fournis par le Moniteur belge et Banque Nationale – des liens existent vers ces renseignements sur la page BCE public search de chaque entreprise – s'avèrent parfois très instructifs sur la question de savoir qui assure la direction journalière de l'entreprise (présomption réfragable des données BCE).⁵

2. Le libellé de la mission d'expertise

⁵ À côté des documents de chantier : signature du contrat, correspondance de chantier, présence aux réunions de chantier,...

Devant les Tribunaux qui acceptent de réserver à statuer sur les questions de nullité « accès à la profession » lorsqu'ils désignent un expert, le plaideur restera attentif au libellé de la mission.

Historiquement, face à une éventuelle nullité, la mission d'expertise était une mission classique à laquelle était rajouté « au cas où » un paragraphe questionnant l'expert sur la marge bénéficiaire de l'entrepreneur. Historiquement toujours, cette question n'était guère réellement débattue en expertise : les plaideurs savaient d'expérience que l'expert donnerait sans réel examen – il n'est pas comptable – une estimation oscillant entre 10% et 20% du prix convenu. Le juge entérinait le rapport et la question n'avait guère mobilisé outre mesure l'énergie des plaideurs...

L'exposé de Me JAFFERALI nous permet de constater que les choses ne sont plus aujourd'hui aussi simples qu'elles ne l'ont été.⁶

Le plaideur qui n'y aura guère été attentif s'exposera, après une expertise au libellé « mal réfléchi », à un éventuel complément d'expertise, voire à une nouvelle expertise adaptée à la demande qu'il aura finalement formulée.

3. Les intervenants à la cause

a) Le gérant

Le plaideur a à cœur que la décision de justice qu'il obtient puisse être exécutée, et il n'est nul besoin de souligner le risque de voir l'entreprise, condamnée après des années de procédure et de frais, s'en « tirer » en déposant le bilan.

La réalisation de travaux sans accès à la profession pour les réaliser est constitutive d'une infraction pénale qui ouvre contre le gérant un recours à titre personnel.

On perçoit immédiatement l'utilité d'un tel recours en cas de faillite ultérieure de la société, outre le fait qu'il peut être déterminant pour obtenir plus rapidement une solution négociée.

Mais encore faut-il que la procédure, et tout particulièrement l'expertise, soit opposable audit gérant, ce qui suppose que les articles 812 et 981 du Code judiciaire soient scrupuleusement respectés à son égard.

⁶ Les expertises visant à dresser les comptes de nullité avec une plus grande rigueur juridique présentent aujourd'hui la caractéristique d'être plus coûteuses (outre le fait que les architectes auxquels elles sont confiées ne maîtrisent pas toujours les aspects comptables qu'elles impliquent). L'expert dresse deux décomptes (enrichissement et appauvrissement), examine les factures de livraison, les factures des sous-traitants, le coût des employés, les frais fixes, ils se lancent dans la rédaction de métrés détaillés...

Le fait que le gérant ait participé à l'expertise en sa qualité de gérant ne signifie pas que l'expertise lui soit opposable à titre personnel. D'où la nécessité de l'assigner en temps utile aux côtés de la société.

Le Tribunal de commerce du Brabant Wallon a récemment estimé qu'une telle mise à la cause ne pouvait être déclarée fondée lorsque la faillite de l'entrepreneur n'était pas encore intervenue. Cette décision, dont appel, semble critiquable en ce que la faute est bien en relation causale avec le dommage allégué dès avant la faillite.

b) L'architecte

Si la validité de la convention d'architecture ne paraît pas devoir être affectée par le fait de la réalisation de travaux par un entrepreneur n'ayant pas les accès pour ce faire, le plaideur pourra invoquer un manquement au devoir de conseil et d'assistance dans son chef.

4. La question des retards et des troubles

Lorsque le contrat est annulé, il ne peut évidemment plus être invoqué pour justifier d'une demande pour les retards de chantier et/ou les troubles de jouissance subis.

Pour éviter d'avoir une mission d'expertise ne permettant guère à l'expert de donner son avis sur ces questions, le plaideur veillera à préciser dès l'ouverture du procès chacun des fondements de sa demande (la responsabilité extracontractuelle permet de faire revenir dans le débat les troubles subis).

5. La question des frais d'expertise

Face à une convention d'entreprise valable, et a fortiori après réception provisoire⁷, le Maître de l'ouvrage supporte la charge de la preuve des manquements qu'il impute à l'entreprise.

Mais quand le contrat est nul, n'appartient-il pas à celle-ci, sous peine d'avoir à restituer l'intégralité des montants lui versés, de faire l'avance des frais d'expertise. En cas de refus de sa part, ne court-elle pas le risque de voir le dossier, comme de droit, revenir devant le juge pour qu'il en tire les conséquences qu'il estime devoir en tirer ?

⁷ On se souviendra qu'une certaine jurisprudence considère qu'avant réception provisoire, il appartient à l'entrepreneur de démontrer qu'il a bien exécuté les travaux...

D. Réflexes durant l'expertise

Me JAFFERALI nous a rappelé que la nullité doit être prononcée, ce qui n'est pas le cas « avant expertise » devant toutes les juridictions, loin s'en faut.

Quelle position adopter, dès lors, lorsqu'un entrepreneur sollicite en expertise, alors qu'il n'avait pas les accès requis lors de la conclusion du contrat, une exécution « en nature » ?

Il nous paraît que le Maître de l'ouvrage est en droit de s'opposer à de telles demandes⁸, même si l'entrepreneur a acquis, depuis la réalisation des travaux, les accès requis (ou s'il dispose de l'accès entreprise générale et qu'il propose l'intervention d'un sous-traitant disposant des accès).

La question serait, cela étant, plus délicate si la jurisprudence « nullité partielle » devait être confirmée ...

Frédéric GAUCHE
Avocat au Barreau du Brabant Wallon.

⁸ Sans préjudice de son droit de transiger... mais s'il transige partiellement sur la réalisation de certains travaux, le juge saisi du surplus du litige pourrait s'étonner de son attitude procédurale inconciliable avec la cause de sa demande...